

Marcelo Ioris Köche Júnior

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: VISÕES GERAIS E UMA ANÁLISE CASUÍSTICA DO NCPC/15

Atena Editora
Ano 2021



Marcelo Ioris Köche Júnior

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: VISÕES GERAIS E UMA ANÁLISE CASUÍSTICA DO NCPC/15

Atena Editora
Ano 2021

Editora Chefe
Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Assistentes Editoriais
Natalia Oliveira
Bruno Oliveira
Flávia Roberta Barão
Bibliotecária
Janaina Ramos
Projeto Gráfico e Diagramação
Natália Sandrini de Azevedo
Camila Alves de Cremo
Luiza Alves Batista
Maria Alice Pinheiro
Imagens da Capa
Shutterstock
Edição de Arte
Luiza Alves Batista
Revisão
O Autor

Atena Editora
Ano 2021

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Atena Editora
Ano 2021

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Atena Editora
Ano 2021

A decisão judicial no novo paradigma constitucional: visões gerais e uma análise casuística do NCPC/15

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Giovanna Sandrini de Azevedo
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: O Autor
Autor: Marcelo Ioris Köche Júnior

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

K76 Köche Júnior, Marcelo Ioris
A decisão judicial no novo paradigma constitucional: visões gerais e uma análise casuística do NCPC/15 / Marcelo Ioris Köche Júnior. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5706-717-8
DOI: 10.22533/at.ed.178211401

1. Direito Constitucional. 2. Decisão Judicial. 3. Processo Civil. 4. Hermenêutica. I. Köche Júnior, Marcelo Ioris. II. Título.

CDD 342

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

Ano 2021

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao manuscrito científico publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção do respectivo manuscrito, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o manuscrito científico publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

Atena Editora
Ano 2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e todos meus professores que tornaram a realização desse trabalho possível. Seu apoio e contribuições, mesmo que pequenas, foram de vital importância para o engendramento desse estudo. Entretanto, devo deixar um agradecimento especial para minha querida Gabriela por seu apoio por todos esses meses. Esse trabalho não seria possível sem você.

Monografia apresentada à Faculdade Damásio, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob orientação do professor Ronny Max Machado.

Esta monografia apresentada no final do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, na Faculdade Damásio, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota 10.

Dedico esse estudo ao meu amor, Gabriela Schvarcz Pereira

‘’O homem age como se fosse o senhor e mestre da linguagem, enquanto que na verdade a linguagem permanece mestra do homem.’’- **Martin Heidegger**

SUMÁRIO

SUMÁRIO

RESUMO

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: VISÕES GERAIS E UMA ANÁLISE CASUÍSTICA DO NCPC/15

Esse trabalho busca estudar os efeitos do novo paradigma constitucional na decisão judicial, fazendo uma análise de seus aspectos gerais e, ao final, analisando o caso do novo código de processo civil de 2015 (NCPC/15) e como o mesmo se adequou a esse paradigma. O problema em questão é entender como a decisão judicial é afetada por essa grande mudança de paradigma que moldou as Constituições europeias, e, mais tarde, a brasileira. Através de pesquisa bibliográfica, e tendo como marco teórico as obras de Lenio Streck e a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), foi analisado as contribuições de Heidegger, Gadamer e Dworkin para a decisão judicial e, também, como as mesmas se adequam ao novo paradigma constitucional. Também será estudado como as ideias dos autores mencionados, principalmente de Streck, influíram no fim do livre convencimento motivado no NCPC/15 e as consequências dessas alterações na apreciação de provas do processo civil brasileiro. Diante do que foi estudado, pode-se concluir que a decisão judicial no novo paradigma não pode ser a mesma de antes tendo que buscar todas as garantias e necessidades que essa nova fase do direito exige.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Decisão Judicial; Processo Civil; Hermenêutica.

ABSTRACT

JUDICIAL DECISION IN THE NEW CONSTITUCIONAL PARADIGM: GENERAL IDEAS AND A CASE STUDY OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

This study aims to analyse the effects of the new constitucional paradigm in the judicial decision, making a research about it`s main aspects and, by the end of the study, analysing the case of the new brazilian civil procedure code (NCPC/15) and how it adapted to this paradigm. The main point is to understand how the judicial decision is affected by this great change in the way we understand law that shaped the european constitutions and, later on, the brazilian. Using bibliographic research, and having as main reference the books from Lenio Streck and the CHD (Hermeneutic Critique of law), the contributions of Heidegger, Gadamer and Dworkin were studied and, also, how the same adequate themselfs to the new paradigm. It will also be studied how the ideas of the mentioned authors, mainly Streck, helped shape how the judicial decision would be treated in the NCPC and the consequences of this changes. After all that, is possible to conclude that judicial decion can`t remain the same, having to reach for all the guarantees and necessities that this new phase in law requires.

KEYWORDS: Constitutional Law; Judicial Decision; Civil Procedure; Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Com o advento do novo paradigma constitucional, surgiram diversas questões que deveriam ser endereçadas por esse, entre elas: pós-positivismo, discricionarismo judicial, o conflito de questões envolvendo direitos fundamentais (acontecimento tão comum ao direito moderno), arbitrariedade estatal, entre tantas outras. O pós-guerra trouxe uma nova visão sobre como o direito deveria se comporta em frente ao poder estatal, não mais seriam aceitos arbitrariedades que pudessem ferir direitos humanos fundamentais ou os discursos, de justificativa finalista, dos mesmos.

Esse trabalho tem o objetivo de analisar não só como o tema da decisão judicial se transformou com o advento do novo paradigma constitucional, mas, também, analisar o caso específico do novo código de processo civil de 2015 (NCPC/15), que foi a primeira codificação processual brasileira a tratar da decisão judicial em termos adequados a esse novo paradigma. Dessa forma, essa monografia se dividirá em duas partes, a primeira, que tratará sobre as questões gerais da decisão judicial no novo paradigma constitucional, e a segunda, que tratará do caso específico do NCPC/15.

A parte inicial desse trabalho começará tratando dos conceitos iniciais que serão necessários para a compreensão do restante da obra, uma clara referência à questão de pré-compreensão em Heidegger. Nessa parte se trabalhará os conceitos de novo paradigma constitucional, modelo constitucional necessário, substantividade da Constituição e a crítica hermenêutica do direito (CHD). Através da análise desses conceitos se espera que o leitor possa compreender não só a influência que esses conceitos tem no direito contemporâneo, mas, também, a sua relevância para todos os países que buscam um direito condizente com as necessidades do mundo contemporâneo.

Após os conceitos iniciais, se iniciará uma análise sobre a decisão judicial que terá como foco principal as questões do discricionarismo e do ativismo judicial. Em seguida, e finalizando a primeira etapa da monografia, começará a parte mais importante do trabalho no que se refere ao novo paradigma judicial na decisão judicial, essa parte é a que tratará da interpretação. Ela abordará o desenvolvimento histórico da interpretação no direito e então passará pelos autores mais importantes para uma análise de como o direito moderno deve interpretar os textos, esses autores são: Heidegger, Gadamer, Dworkin e Streck.

A segunda parte se ocupará de como as questões discutidas na primeira parte influíram na criação do NCPC/15. Essa codificação é um marco no direito processual brasileiro, o primeiro de todos os códigos de processo civil a eliminar o livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas. Não mais o juiz decidirá de maneira arbitrária, se utilizando de juízos de valores morais, sem que o código de processo civil determine essa sentença, e sua fundamentação, como inválida.

Essa parte abordará o instituto do livre convencimento motivado, tanto a sua definição quanto a sua presença nos códigos anteriores e, dessa forma, analisar como era o sistema de apreciação de provas antes da vinda do novo código. Em seguida, será analisado o fim do livre convencimento motivado como forma de apreciação de provas no NCPC/15 e as suas consequências. Finalizando essa última parte, estará o último capítulo que tratará de comentar as várias críticas feitas ao novo código e dizer porque elas não são adequadas.

A decisão judicial e o processo não podem mais ser vistos como meros instrumentos das partes para a obtenção de um resultado. Eles, devido a sua importância, se tornam, no direito contemporâneo, condição de possibilidade de materialização de direitos, ou seja, eles se tornam uma condição para que seja possível que os direitos contidos na constituição passem para a vida prática. Assim, eles não se tornam apenas pressupostos, mas sim direitos materializados e que podem ser devidamente exercidos.

O direito contemporâneo não pode mais permitir uma visão finalista do processo. Essa visão abre caminhos para a arbitrariedade estatal e, no direito contemporâneo, o individuo não tem só direitos para com o estado, mas, também, contra o mesmo. O direito de não ser afetada por decisões arbitrárias é um deles, pois o estado em todo seu poder não pode desconsiderar o individuo e, o efeito que uma simples decisão de um juiz tem sobre o mesmo.

O processo, assim como a decisão judicial, é condição de possibilidade de materialização de direitos. É somente através do processo e da jurisdição que um cidadão comum pode exercer seus direito para com o estado, através de seus direitos contra o mesmo. O cidadão recebe a garantia de seu direito apenas quando o estado não se utiliza de suas funções de maneira arbitrária, isto é, exercendo suas funções em desacordo com a Constituição.

Nesse caso pode-se falar de um direito fundamental a uma decisão de acordo com a Constituição. A Constituição ao dizer que o indivíduo tem direito ao devido processo legal não quer dizer que a simples previsão de um processo já basta. O processo deve vir junto com um conjunto inseparável de garantias que determinarão não só o tratamento que esse cidadão receberá, mas, também qual será sua relação de poder em relação ao estado, pois não se pode mais permitir em um país democrático decisões arbitrárias que contrariem diretamente a Constituição.

A hermenêutica vai demonstrar como não se pode mais achar que o juiz possa dar o sentido que quiser a lei. O juiz como operador do direito tem a função de fazer valer as garantias que são determinadas pela constituição. O juiz é, como fala Heidegger, ser-no-mundo (*Dasein*), ou seja, ele esta inserido em um contexto de normas e princípios que ele não pode simplesmente ignorar. Toda interpretação é uma reconstrução linguística, histórica e institucional de um fenômeno jurídico.

Através da leitura desse trabalho se espera que o leitor possa compreender o novo paradigma que o direito contemporâneo está inserido, e as necessidades que essa inserção cria. Não se pode mais pensar no processo e na decisão judicial como meros instrumentos, mas sim como condições fundamentais para que a Constituição continue a ‘’constituir-ação’’. Assim, será possível entender não só a necessidade de uma decisão adequada ao novo paradigma constitucional, como, também, de um processo condizente com o mesmo. O judiciário brasileiro não pode mais se refém das arbitrariedades tão comuns aos períodos pré-democráticos.

CONCEITOS INICIAIS

No dia 21 de novembro de 2016, a juíza estadual Angélica dos Santos Costa autorizou que a polícia realizasse buscas e apreensões coletivas na favela ''Cidade de Deus'' na cidade do Rio de Janeiro e, dessa forma, se esquecendo, ou simplesmente ignorando, princípios básicos tanto do direito penal quanto da Constituição Federal. A juíza fundamentou a decisão com a seguinte frase "Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública. Desse modo, deve ser admitida", mostrando, dessa forma, que teve sua decisão influenciada por motivos alheios a análise de fatos jurídicos (provavelmente influenciada pela morte de quatro policiais no dia 19 do mesmo mês durante um confronto com traficantes)[1].

Essa frase traz várias questões que esse trabalho deseja abordar. A primeira delas é até que ponto a decisão judicial brasileira deixou de ser científica (entende-se por científica a interpretação fundada nos princípios do direito, nas leis e na Constituição Federal, além dos princípios do direito e da hermenêutica) para se tornar a mais pura forma de ativismo judicial? A segunda consiste no questionamento sobre quais são os limites da interpretação judicial válida e até que ponto a permissibilidade da lei quanto a apreciação de normas cria o ativismo judicial.

1 I O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Com o fim da segunda guerra o mundo do direito entrou em choque. Não só governos autoritários se utilizavam do lema Lei e Ordem para justificar seu poder, mas também a suposta legalidade de certos atos justificou um dos mais horríveis feitos já realizados pela humanidade, o holocausto. Diante desse cenário, a comunidade jurídica chegou a conclusão de que o sistema jurídico presente não seria mais suficiente para responder aos anseios da sociedade contemporânea.

Assim surge o novo paradigma constitucional que busca não só efetivar os direitos trazidos pelo estado liberal (direitos individuais) e social (direitos sociais), mas também trazer uma nova proteção aos mesmos através da força normativa da Constituição. Dessa forma, esse paradigma auxiliado dos vários avanços na área de direitos humanos, criou uma nova proteção a dignidade da pessoa humana, conforme exposto por Ingo[2]:

> É de se enfatizar a função do princípio da dignidade da pessoa humana como critério para- a exemplo do que já aconteceu em outras ordens jurídicas- a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Com efeito não é demais relembrar que a Constituição Federal de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

---

1 Notícia vinculada no site da revista Época na data de 21/11/16. Disponível em: http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2016/11/justica-autoriza-revista-coletiva-em-favela-do-rio.html

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.112.

E continua[3]:

> Em outras palavras, isso quer dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte histórico, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos humanos.

Dessa forma, não só o princípio da dignidade da pessoa humana toma uma nova forma e importância, mas todos os princípios assumem um novo papel, o de limitadores do horizonte interpretativo das decisões judicias na era do novo paradigma constitucional. Assim os princípios não só limitam o direito como o integram moldando o ordenamento jurídico ao seu redor[4].

Diante do exposto, pode-se compreender que, de acordo com esse paradigma, o estado constitucional atual prevê: a superioridade da constituição sobre a lei ordinária, ou seja, a subordinação das leis infraconstitucionais à constituição; que a vontade do legislador não possa ser superior a integridade jurídica; rigidez constitucional; e garantismo. Assim, pode-se entender que, diferente dos tempos passados, a constituição não é mais um ‘’enfeite jurídico’’ mas um instrumento dotado de normatividade, ou seja, a constituição é norma e deve ter suas proposições obedecidas.

2 I O MODELO CONSTITUCIONAL NECESSÁRIO

Pode-se dividir as teorias constitucionalista que embarcam o novo paradigma constitucional em dois eixos temáticos, as teses procedimentalistas e as teses matérias-substanciais. Para expressar o eixo que será usado como base para esse trabalho se utilizara a opinião sempre lúcida do professor Lenio Streck sobre ambas as teses. Quanto as teorias procedimentalistas Lenio expõe[5]:

> Do outro lado, as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais. Algumas teses procedimentais, como as advogadas por Juan Carlos Bayón, chegam a apontar para um constitucionalismo débil, pelo qual a Constituição tem a função de somente limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais.

E continua[6]:

> Talvez não seja desarrazoado afirmar que o problema fundamental das teorias processuais-procedimentais reside no fato de procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Visto desse modo, *o procedimento acaba sendo uma espécie de “novo princípio epocal”, na tentativa de superar aquilo que na fenomenologia hermenêutica podemos denominar “diferença ontológica”,*

---

3 Idem.

4 DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

5 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 118.

6 Idem.

> *afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva*. Afinal, como afirma Luhmann, nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade.

Diante do exposto, pode-se concluir que na opinião de Lenio as teorias procedimentalistas não se adequam a realidade do mundo prático que é de vital entendimento para o operador do direito que vive em uma sociedade complexa onde direitos e interesses vivem em colisão e conflito. Assim, no que se refere as teses materiais-substanciais, o autor demonstra seu apoio as mesmas[7]:

> Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.

E continua[8]:

> Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão.

Conforme exposto pelo autor, e para fins de definição da tese adotada por esse trabalho, a tese substancialista é a mais adequada para a sociedade atual e principalmente para a brasileira que sofre desde a instauração do estado democrático de direito com a efetivação de direitos fundamentais, tanto individuais quanto, e principalmente, sociais. Dessa forma, a tese substancialista não é só adequada mas necessária para compreender a situação jurídica brasileira para assim transformá-la através de uma Constituição dirigente que será explicada logo em seguida.

3 I A SUBSTANTIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO (E COMO A MESMA DEVE SEMPRE CONSTITUIR-A-AÇÃO)

Se entende, conforme exposto por Gilberto, nas teses substanciais que o artigo 3º da Constituição Federal ao fixar os objetivos da República definiu vetores para o dirigismo constitucional[9]. Em países periféricos como o Brasil, chamados também de ''países de modernidade tardia''[10], que mal passaram pela fase social do desenvolvimento do estado (no caso se refere à evolução do estado moderno nas etapas liberal, social e democrático de direito) se torna cada vez mais necessário um constitucionalismo adequado as situações

7 Idem, p.119.

8 Idem.

9 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36.

10 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202.

próprias de cada país.

Essa conclusão é amplamente criticada pelas teses procedimentalistas que se focam em temas universais em vez de individuais. Sobre essas críticas Lenio responde[11]:

> Ao contrário disso, a tese de um constitucionalismo adequado – que defendo juntamente com autores como Gilberto Bercovici – procura resgatar as especificidades das Constituições e sua capacidade dirigente e compromissória (é evidente que, à luz do procedimentalismo habermasiano, a tese de um dirigismo constitucional soçobra!), apontadas para o resgate das promessas da modernidade, circunstância que assume papel fundamental em países como o Brasil, em que sequer a legalidade formal é cumprida, e sem que a esfera pública tenha condições de se desenvolver, pela absoluta ausência do cumprimento dos direitos substantivos.

E complementa[12]:

> Para tanto, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos fundamentais- sociais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.

Assim, conforme explicitado pelo autor, as Constituições modernas possuem uma base comum, entretanto, também possuem uma parte específica que será diferente em cada país. Cada Constituição esta situada na realidade social-institucional do país em que esta inserida. Essas pressões sociais moldam a criação da Constituição então ela acaba se tornando um resultado das necessidades jurídicas do país em que se encontra.

A Constituição dirigente em países de modernidade tardia age como um guia não só para o ordenamento jurídico mas para o agir político/estatal. Sobre isso Eros Grau explica que a Constituição não é apenas ‘’instrumento de governo’’, mas sim criadora de um ‘’plano global normativo’’ para a sociedade brasileira. Assim o autor que os fins e fundamentos determinados nos primeiros artigos da Constituição devem ser entendidos como os fins e fundamentos da sociedade como um todo, pois a Constituição não apenas declara, mas, também Constituí.[13].

Ainda sobre o tema da Constituição dirigente Lenio explica[14]:

> Daí a perene importância daquilo que se convencionou chamar de dirigismo constitucional ou Constituição dirigente, tese elaborada inicialmente por Peter Lerche (*dirigierende Verfassung*)e devidamente adaptada à doutrina constitucional portuguesa por J. J. Gomes Canotilho. No decorrer dos anos,

---

11 Idem, p. 203.

12 Idem, p. 205.

13 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 55.

14 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 205.

> a tese do dirigismo constitucional tem sofrido críticas das mais variadas, mormente a partir do fortalecimento da globalização e do neoliberalismo. O engendramento das teses processuais-procedimentais acerca da Constituição paulatinamente enfraquece o papel compromissório-vinculante dos textos constitucionais.

Diante do exposto, pode-se concluir que apenas assumir que a Constituição Federal tem caráter normativo e dirigente não é o suficiente para que seus objetivos se concretizem. É necessário a construção de um estado público que seja capaz de materializar os objetivos constitucionais através de respostas as três violências estatais (física, política e social)[15], que são definidas como[16]:

I) Violência física estatal: falta de segurança e liberdade;

II)Violência política estatal: desigualdade política;

III)Violência social estatal: pobreza.

Assim, se pode afirmar com toda clareza que enquanto essas violência não forem respondidas não é possível a efetivação plena de uma Constituição dirigente pois as suas condições materiais ainda não foram realizadas.

4 | A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

O marco teórico que será utilizado nesse trabalho terá como base fundante a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) fundada por Lenio Streck. A CHD tem como preceitos basilares três grandes influências:

I) A filosofia hermenêutica de Heidegger, que tem como livro principal Ser e Tempo, de onde ocorre o rompimento com a filosofia da consciência e a criação do método fenomenológico-hermenêutico.

II) A hermenêutica filosófica de Gadamer que dá um salto adiante da hermenêutica clássica e busca a ideia de produção de sentido por parte do intérprete[17].

III) A ideia de Dworkin de direito como integração, de onde surgem os conceitos de única resposta (ou, para Streck, resposta adequada a Constituição) e de responsabilidade política a todos os atores políticos[18].

Através dessas influências Lenio utiliza uma nova maneira de pensar criticamente o fenômeno jurídico, que é através do método hermenêutico. Esse método é definido pelo autor da seguinte forma[19]:

15 CANOTILHO, J.J. Gomes. **O estado adjetivado e a teoria da Constituição**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n.3, 2003.

16 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p.206.

17 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 102.

18 Idem, p. 103.

19 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 135.

> {...} por intermédio do ''método'' fenomenológico-hermenêutico formulado por Heidegger, a linguagem não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Sua inserção no pensamento jurídico é absolutamente relevante pelo fato de a dogmática esconder, obnubilar o processo de interpretação. Se o direito nos aparece graças a linguagem, é pela compreensão que se estabelecem os discursos jurídicos. E, consequentemente, as pesquisas que redundam em dissertações, teses e livros.

E complementa[20]:

> A partir da viragem linguística e do rompimento com os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe ente um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é, como bem assinala Luiz Rohden (2000, p.160), ''constituinte e constituidora do nosso saber, conhecer e agir''. Ao mesmo tempo o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (***Auslegung***) e passa a ser produtivo (***Sinngebung***). É impossível ao interprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior. Há sempre um sentido que nos é antecipado.

Assim, todo interpretação parte de uma pré-compreensão do tema em questão. No caso do direito a pré-compreensão vai dos conceitos jurídicos ao ordenamento jurídico como um todo para que assim possa se produzir o sentido. Ainda de acordo com o autor[21]:

> Por tais razões é que o método hermenêutico-fenomenológico é adaptado e adotado pela CHD parece ter os elementos necessários para se chegar à compreensão do fenômeno. Revolve-se o chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição; reconstrói-se-lhe a história institucional fazendo com que o fenômeno se desvele, como em um palimpsesto. O revolvimento do chão linguístico implica desler as coisas. E ao desler, a coisa exsurge sob outra vestimenta fenomenológica {...}

Diante do exposto se conclui que a CHD e o método hermenêutico são as ferramentas adequadas não só para os objetivos desse trabalho mas, também, para a compreensão do fenômeno jurídico moderno como um todo.

20 Idem, p. 139.
21 Idem, p. 140.

A DECISÃO JUDICIAL

O primeiro tópico a ser analisado será a decisão judicial. A decisão judicial consiste no modo como o juiz dá solução a demanda posta a ele pelas partes, é através dos argumentos e provas expostos pelas partes, além das determinações legais do ordenamento jurídico, que o juiz decidirá e resolverá a lide. Entretanto, esta se tornando cada vez mais comum juízes que, em total desprezo pelas instituições processuais e do direito como um todo, utilizam juízos de valores provenientes de sua própria consciência para justificar decisões que vão em total desacordo com os temas em questão e com a própria Constituição. Essas decisões são as discricionárias que são símbolo do ativismo judicial, temas que serão tratados a seguir.

1 I DISCRICIONARISMO

Ações discricionárias consistem naquelas ações que ultrapassam os limites determinados a autoridade que as realiza, assim, podem ser chamadas também de ações arbitrárias. No âmbito jurídico são consideradas decisões judiciais discricionárias as que ocorrem quando ''A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz''[1].

Ao longo do desenvolvimento histórico do direito o discricionarismo foi muito presente. Sobre isso Lenio complementa[2]:

> Assim, da escola do direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ''não tomado'' pela ''razão''; um espaço que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz.

E continua[3]:

> É preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário ''delegado'' em favor do juiz para ''preencher'' os espaços das ''zonas de penumbra'' do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a ''zona da incerteza'' (ou as especificidades em que ocorrer os ''casos difíceis'') pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza, e, em consequência, seu espaço de ''discricionariedade''.

Dessa forma, pode-se compreender que a discricionariedade se apresentam como uma arbitrariedade da autoridade judicial, que no lugar de cumprir as determinações impostas a seu cargo as ultrapassa buscando dar ao caso concreto o sentido que lhe

1 LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 143.

2 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 53.

3 Idem, p. 54.

apetece. Assim, para Streck[4]:

> Para mim, a discricionariedade está presente de algum modo em todos os positivismo, mudando apenas de lugar. Tenho referido isso à saciedade, circunstância que esta no cerne na descrição ‘’do que é isto- o positivismo’’. Em segundo lugar, se Dworkin, criticando a discricionariedade, e Hart a defendendo, já provocaram um problema enorme no que tange à questão da democracia,, imaginemos aquilo que ocorre nas práticas cotidianas em um país como o nosso. Arriscaria dizer que aquilo que Dworkin critica como discricionariedade em Hart, no Brasil é quase uma aplicação exegética, se me permitem esse pequeno exagero na comparação. Por isso alguns críticos não entendem que minhas teses são construídas dentro e a partir de nossa realidade, de nossa sangria do cotidiano, do nosso estado de exceção interpretativo, em que leis são descumpridas todos os dias com incentivo da doutrina, que acha bonito- desculpe-me a ironia- que, contra texto expresso do código civil, a amante receba a metade da herança do concubino adulterino, invocando o tal princípio da efetividade e outros argumentos de ‘’justiça’’.

Dessa forma, conforme exposto, esse instituto criará um dos maiores problemas da sociedade jurídica brasileira atual, o ativismo judicial, que será tratado a seguir.

2 I O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial ocorre quando, motivado por juízos de valor, o juiz age discricionariamente para cumprir uma suposta necessidade social de caráter moral. Essa espécie de discricionariedade se difundiu abertamente na sociedade jurídica brasileira tendo sua aceitação ocorrida em certas partes da doutrina e até mesmo da legislação, como será exposto nos capítulos seguintes.

O ativismo, como já mencionado nas partes anteriores, permanece uma constante na ordem brasileira, seja formalmente, através do artigo 155 do código de processo penal, seja materialmente, com os juízes que mesmo com a alteração do código de processo civil continuam decidindo em desconformidade com a constituição. Isso mostra que a demonstração de seus erros e, por consequência, a sua eliminação se tornam cada vez mais difíceis.

Essas ações não se limitam a juízes de primeira instancia, elas chegam até o STF como ocorreu na recente decisão sobre o aborto mais em especifico na decisão do ministro Barroso[5]. O ativismo judicial, seja progressista ou conservador, sempre será danoso ao ordenamento jurídico, toda vez que um juiz permite o aborto ou uma revista coletiva ele esta fazendo um ataque direto ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, à constituição.

O ativismo é justificado por muitos através de mixagens teóricas e leituras equivocadas de diversos autores. Sobre isso Lenio[6] comenta:

4 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 34.

5 Sobre isso, ler a coluna, publicada em 11 de dezembro de 2016, por Lenio Streck e Rafael Giorgio com o título ‘’Aborto- A recepção equivocada da ponderação Alexyana pelo STF’’. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexyana-stf

6 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55.

> É preciso dizer que ao lado dessas três posturas (Jurisprudência dos Valores, Ponderação e Ativismo Judicial) – que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil – podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmaticismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias. Por vezes – ou no mais das vezes –, os pragmaticismos tomam emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade.

E continua[7]:

> Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente, nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz "emergir" a sua significação. Já "não pode ser contestado"; não pode sofrer críticas; consta como "algo dado desde sempre"; sua mera evocação já é um "em si-mesmo". O uso performativo de um enunciado objetiva "colar" texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica). Desse modo, expressões como "ponderação de valores", "mandados de otimização", "proporcionalidade", "razoabilidade", "decido conforme minha consciência", no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o "sentido próprio" e o "próprio sentido". São sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder. Em nome da proporcionalidade e do "sopesamento entre fins e meios" (a assim denominada "ponderação"), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da "ponderação" e da proporcionalidade (ou da razoabilidade).

Em suma, o STF não é e não pode ser a vanguarda da nação porque ele é, assim como exposto no artigo 102 da CF, o guardião da constituição e deve acima de tudo defende-la do ativismo que o mesmo anda fazendo. O ativismo não é progressista em nenhum aspecto e muito menos é uma solução adequada às ''lacunas'' do direito, ele é uma aberração interpretativa que deve ser eliminada do ordenamento jurídico para que o mesmo volte a ter ordem.

7 Idem.

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1 I DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Com o desenvolvimento do direito e a eventual formação de códigos foi se descobrindo pouco a pouco que esses códigos, diferentes do direito consuetudinário, não eram completos tendo várias lacunas criando os primeiros problemas referentes a interpretação desses códigos. Conforme escrito por Lenio[1]:

> De algum modo se perceberá que aquilo que esta escrito nos códigos não condiz com a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja ''destruída''? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma analise da própria codificação: a Escola de Exegese, na França, e A jurisprudência dos conceitos, na Alemanha.

A partir dessa citação focaremos no que foi proposto pela Escola de Exegese francesa. Essa escola, tem como seu principal exemplo o Código Civil Napoleônico, que através de seu artigo 4º, resume as ideias propostas por essa escola: ''O juiz que se recusa a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada''. Sobre esse artigo Norberto Bobbio[2] complementa:

> Esse artigo estabelece portanto que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir(o assim chamado juízo de *non aliquet*), argumentando com o fato de que a lei não oferece nenhuma *regula deciendi*.

É com a Escola de Exegese que surge a institucionalização da chamada prova tarifada, sistema de apreciação de provas de onde surge a expressão ''juiz boca-da-lei'', ou seja, o juiz deve se ater em sua decisão somente a ''letra fria da lei'' sendo vedada a sua ''interpretação'' por parte do juiz(as aspas servem para designar o fato de que para a hermenêutica a simples leitura e aplicação por parte do juiz já consistem em um tipo de interpretação, haja visto que a definição de interpretar é dar sentido aos símbolos/ palavras).

Outro importante pensamento para o desenvolvimento da interpretação/apreciação de provas foi o de Hans Kelsen que surge em um momento de indeterminação do sentido do direito. Sobre isso, Lenio[3] complementa:

> É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era

1 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?-.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 92.

2 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74.

3 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?-.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 93.

reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da jurisprudência dos interesses e à escola do direito livre- que favoreciam, sobre medida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica.

E continua[4]:

Mas em um ponto específico, Kelsen '' se rende'' aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse ''desvio'' é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas [...] são aplicadas no molde de sua ''moldura semântica''. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada de uma terapia lógica- da ordem do *a priori* que garantisse que o direito se movimentasse em solo lógico rigoroso.

Kelsen no mencionado capítulo de seu mais famoso livro(Teoria pura do direito) se refere a decisão judicial como um ato de vontade sendo favorável a livre apreciação de provas dos tribunais e dessa forma do livre convencimento motivado dos juízes, chegando ainda a se referir a uma interpretação correta da lei como se fosse impossível[5].

Dessa forma, o direito brasileiro, com o NCPC/15, deu o primeiro passo para a eliminação do discricionarismo judicial. Entretanto, esse seria um dos passos mais difíceis para ser consolidado.

2 | INTERPRETAÇÃO ''VERDADEIRA''

Nas palavras de Andrei[6]:

Primeiro, faz-se o conceito de interpretação suportar um fardo explicativo. Ele parece representar de maneira bastante geral qualquer coisa que faça a mediação entre a identificação da norma jurídica adequada e a sua aplicação ao caso particular. A interpretação é o ''processo''[...] ou ''método''[...] pelo qual uma norma, sob outros aspectos indeterminada, é vinculada a esses casos e, assim dotada e um significado concreto.

A hermenêutica (ciência que estuda a interpretação) deriva do nome grego Hermes. Essa derivação se deve ao fato de que Hermes era o mensageiro dos deuses que levava as mensagens do Olimpo até os mortais, dessa forma Hermes agia como intermediário entre os mortais e a mensagem dos deuses assim como a interpretação serve como intermediário entre os símbolos/palavras e o seu significado.

A interpretação no direito foi ao longo da história palco de muitas discussões acadêmicas que vão de se é possível interpretar corretamente no direito até se deve se

4 Idem.

5 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 392.

6 MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.64.

considerar a intenção dos legisladores na hora da decisão judicial. O intuito desse trabalho será defender que não só é possível uma interpretação verdadeira no direito como é essa que deve ser buscado pelo judiciário.

Uma obra de arte moderna se torna tal por ser passível de muitas interpretações, sendo desconsiderada muitas vezes a verdadeira intenção ou mensagem do artista na hora de realiza-la, a própria corrente da arte dadaísmo tem como seu principal objetivo quebrar interpretações que seriam consideradas corretas e comuns, um exemplo clássico dessa ideia vem do pintor surrealista René Magritte que em uma de suas obras pintou um cachimbo com uma placa escrito ‘’Isso não é um cachimbo’’.

Entretanto, quando falamos de direito estamos tratando de um sistema científico que é limitado pelas suas ‘’paredes normativas’’. Toda interpretação jurídica é e deve ser limitada pelo sistema normativo nacional que ela se encontra, e esse sistema inclui as leis, os princípios, a jurisprudência, a doutrina e, acima de tudo, a Constituição. Dessa forma, se defende que é possível chegar a uma interpretação ‘’verdadeira’’ do direito(por interpretação verdadeira se entende a interpretação que condiz com a constituição e dessa forma esta correta em relação ao conjunto que ela se encontra).

O direito, diferente da arte, possui uma necessidade de integração que deve ser obedecida para que haja a tão necessária coerência do ordenamento jurídico, dessa forma a interpretação não pode ter mais de uma resposta correta pois ela advém das normas e princípios, não da vontade subjetiva do operador.

Por exemplo, quando a Constituição Federal diz em seu artigo primeiro que o estado democrático de direito brasileiro tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana isso não é passível de questionamento em uma decisão judicial mas uma determinação que deve ser respeitada pelo juiz.

O mesmo ocorre com os princípios do direito, quando, no direito penal, se estipula no principio da lesividade que ‘’nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime[...]’’[7] é absolutamente necessário que o juiz considere esse princípio na hora de sua decisão pois ele faz parte do ordenamento jurídico e não é apenas ‘’decorativo’’.

Conforme o exposto se conclui que, existe uma necessidade de buscar uma interpretação sistemática do direito não só no processo civil como nas outras áreas, buscando, dessa forma, uma jurisprudência mais coesa e uniforme.

3 I HEIDEGGER E A HERMENÊUTICA

Martin Heidegger é considerado um dos mais importantes e originais filósofos do século XX, sua obra se tornou conhecida não só por focar na questão do ser no sentido ontológico, mas também por trazer uma nova visão sobre a compreensão. A compreensão para Martin Heidegger tem um caráter muito diferenciado que tem como principal base o giro ontológico-linguístico, sobre ele Lenio explica[8]:

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

8 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 86.

> Esse giro ''liberta'' a filosofia do ***fundamentum*** que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, que o giro ou guinada não se sustenta somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada ''invasão'' da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, trata-se do ingresso do mundo prático na filosofia.

Assim, ocorre uma transição, não mais a compreensão se dá pelo esquema sujeito-objeto, mas pela linguagem que se torna uma condição para que haja relação entre esses dois extremos. Conforme exposto Lenio complementa[9]:

> O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade ''assujeitadora'' e não o sujeito da relação de objetos [...]. Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito não é fundamento do conhecimento. Ele não é mais o senhor dos sentidos. A partir da virada hermenêutica, estamos em um mundo no qual quando perguntamos como o compreendemos, já chegamos tarde para responder essa indagação com um fundamento último. Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos.

E conclui[10]:

> Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo; há, sim, somente uma linguagem pública. [...] Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento.

Conforme exposto podemos chegar a conclusão de que as ideias de Martin Heidegger terão em seu cerne a importância da linguagem e do mundo prático na filosofia. Em sua obra principal Ser e Tempo, o autor demonstra uma noção de compreensão fundada nesses pressupostos[11]:

> Com o termo compreender designamos um existencial fundamental; não se trata nem de um tipo de conhecer determinado, distinto, por exemplo, de explicar e conceituar, e nem, sobretudo, de um conhecer em geral, no sentido de apreender tematicamente. Ao contrário, compreender constitui o ser na medida em que uma presença, com base na compreensão, pode, em existindo, formar as múltiplas possibilidades da visão, circunvisão e mera visualização. Enquanto descoberta compreensível do incompreensível, todo explicar tem suas raízes no compreender primordial da presença.

No trecho acima Martin deixa claro que o compreender não é mero entendimento de algo mas sim a explicação dos sentidos do ser sobre o mundo prático representado aqui pela presença. Dessa forma[12]:

---

9 Idem, p. 86-87.

10 Idem.

11 HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015, p. 421.

12 Idem, p. 421-422.

> Aprendido de modo existencialmente originário, compreender significa: ser, projetando-se num poder-ser, em virtude do qual a presença sempre existe. O compreender abre o poder-ser próprio de tal maneira que, compreendendo, a presença, de algum modo, sempre sabe a quantas ela mesma anda. Esse ''saber'' não significa, contudo, ter descoberto um fato, mas manter-se numa possibilidade existenciária. O não saber que lhe corresponde não consiste numa ausência do compreender, mas deve ser considerado um modo deficiente de se projetar o poder-ser. A existência pode tornar-se digna de questionamento.

Outro aspecto essencial da filosofia de Martin é o chamado círculo hermenêutico. Apesar de datar de muito antes do autor foi com ele que houve a sua mais drásticas mudança, assim como Lenio expõe[13]:

> A partir de Heidegger, o círculo hermenêutico ganhou outro sentido. A interpretação que ele efetuou é tão violenta(no sentido ruptural) que o fundo metodológico que reveste o sentido da hermenêutica na tradição foi destruído. [...] a hermenêutica até então utilizada exclusivamente utilizada para a interpretação de textos, passa a ter como ''objeto'' outra coisa: a faticidade. Mas o que é a faticidade? A partir do giro ontológico, Heidegger deu ao homem o nome de ***Dasein*** (Ser-aí), sendo que o modo de ser deste ente-que somos nós- chamado ***Dasein***, é o que ele já foi, ou seja: o seu passado. Podemos dizer que isso representa aquilo que desde sempre nos atormenta e que esta presente nas perguntas: De onde viemos? Para onde vamos? A primeira pergunta nos remete ao passado; a segunda, ao futuro. O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: Faticidade; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos(Ser aí): Existência. Portanto a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (facticidade) do ***Dasein*** e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha(existência)

E conclui[14]:

> Círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um ''processo'' de compreensão com algo entecipado. Heidegger explica: quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque de forma antecipada eu já sabia o que era uma arma. Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a compreensão. Se falo de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que é uma Constituição, Direito constitucional, jurisdição constitucional, etc.

Conforme exposto o círculo hermenêutico revoluciona o modo como se interpreta o mundo, não mais a subjetividade do sujeito em relação ao objeto determina o sentido, mas sim a linguagem como condição de possibilidade da relação entre os dois. Martin Heidegger é de extrema importância para se compreender a interpretação, entretanto é um aluno seu (que será estudado logo a seguir) que ira trazer as conclusões de eu professor para o campo do direito.

---

13 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 26.

14 Idem, p. 29.

4 I GADAMER E OS SENTIDOS

Hans Gadamer, foi um mais importantes alunos de Martin Heidegger e um dos que mais se aprofundou em desenvolver aspectos de sua teoria. Não só Hans desenvolveu o conceito de sentidos no texto como aperfeiçoou o conceito de círculo hermenêutico. Nas palavras do próprio autor[15]:

> O círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (***inhaltlich erfullt***) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (***processual whole***). A compreensão implica sempre em uma pré-compreensão que , por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, todo encontro significa a ''suspensão'' de meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja com uma obra de arte [..] ou com um texto.

Todo conceito advém de um preconceito antes estabelecido. É este conceito de pré-compreensão de Martin que Hans vai utilizar para definir a sua visão sobre os sentido de um texto. Hans coloca que a interpretação só será possível se o sentido em questão for feito no momento da interpretação e não antes. Sobre isso[16]:

> É verdade que, face ao caráter lingüístico, o caráter escrito parece um fenômeno secundário. A linguagem dos signos da escrita tem referência com a verdadeira linguagem do discurso. Não obstante, para a essência da linguagem não é de modo algum secundário o fato de que seja suscetível de se tornar escrita. Pelo contrário, essa possibilidade de ser escrito repousa sobre o fato de que o próprio discurso participa da idealidade pura do sentido que se comunica nele. Na escrita, o sentido do falado está aí por si mesmo, inteiramente livre de todos os momentos emocionais da expressão do anúncio. Um texto não quer ser entendido como manifestação vital, mas unicamente com respeito ao que diz. O caráter escrito é a idealidade abstrata da linguagem. Por isso, o sentido de uma notação escrita é fundamentalmente identificável e repetível. Somente aquilo que na repetição permanece idêntico é o que realmente estava posto na sua notação escrita. Com isso torna-se claro, ao mesmo tempo, que "repetir" não pode ser tomado aqui em sentido estrito; não se refere à recondução a um primum originário, em que algo foi dito ou escrito, enquanto tal. A leitura compreensiva não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente.

Sobre a questão do sentido presente, Lenio explica contextualizando-a para o campo jurídico[17]:

> A interpretação praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo hermenêutico clássico, que entendia a interpretação clássica como sendo produto de um operação realizada em partes [...]. A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete ''retirar'' do texto ''algo que o texto possui-em-

15 GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 13-14.

16 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 571.

17 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 98.

> si-mesmo'', numa espécie de ***Auslegung***, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosofia, o intérprete sempre atribui sentido (***Sinngebung***).

É essa concepção de Hans, de que é impossível ao interprete reproduzir um sentido cabendo ao mesmo produzir o sentido de um texto ou lei, leva Streck a concluir que não há separação temporal entre interpretação e aplicação, ambas ocorrem ao mesmo tempo. Sobre isso o próprio autor completa[18]:

> O mestre alemão é claro ao dizer que é impossível reproduzir sentidos [...]. O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). Gadamer vai dizer, a partir disso, que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete se equiparar ao leitor originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Schleiermacher como a Savigny, que ignorou a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual, erro que continua sendo repetido pela dogmática jurídica na atualidade, a partir da metafísica equiparação entre vigência e validade, entre texto e norma.

Outro aspecto a ser analisado na teoria de Hans Gadamer é a sua diferenciação do que ele chama de historiador jurídico e um jurista. Sobre isso o autor explica[19]:

> Sendo assim, é razoável que nos interessemos agora em particular pela divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, estudando os casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente. Trata-se de investigar o comportamento do historiador jurídico e do jurista, comportamento que assumem com respeito a um mesmo texto jurídico, dado e vigente. Para isso podemos tomar como base os excelentes trabalhos de E. Betti, acrescentando nossas considerações às suas. Nossa pergunta vai no sentido de saber se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico é uma diferença unívoca.

E continua[20]:

> Que existe uma diferença é evidente. O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode contentar-se, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual.

Hans coloca a interpretação como concretizadora da lei e dessa forma a coloca como condição de possibilidade de materialização de direitos. Assim[21]:

---

18 Idem, p. 99-100.

19 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 483-484.

20 Idem.

21 Idem, p. 489-490.

> A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes.

E continua[22]:

> Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem judicial seja reconhecida como válida para todos e que, por conseguinte, não existam exceções quanto a ele. Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurí- dica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.

Diante do exposto pode-se entender que Hans Gadamer é de vital importância para a compreensão da colocação da interpretação como condição de possibilidade no Direito. É somente através da produção de sentido por parte do intérprete que se torna possível a reconstrução histórica tanto do significado da norma quando de sua adequação ao caso concreto. É somente através dessa atividade criativa de interpretar que o mundo prático entre no direito assim como ele entrou na filosofia através de Martin Heidegger.

5 I DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRAÇÃO

Ronald Dworkin é um dos mais importantes juristas dos últimos tempos, além de ter uma teoria de vital importância para a compreensão da necessidade de uma decisão judicial condizente com o novo paradigma constitucional, e, para Ronald, isso só pode ser alcançado através da integridade e coerência das decisões. Lenio elucida[23]:

> A tese de que o direito deve ter coerência e integridade é do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que foi um dos grandes críticos do positivismo jurídico. O grande diferencial do conjunto de sua obra, escrita, dentre outros aspectos, com a sua pretensão de ruptura com o juspositivismo, está no reconhecimento do Direito como uma atividade interpretativa (conceito

22 Idem.

23 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 33.

> interpretativo) sem que isso represente a defesa de posturas relativistas no julgamento de casos. Ao contrário, a percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência- que ,por sua vez, representa a parada reflexiva sobre determinada prática jurídica- para afirmar a existência de respostas corretas no direito constituídas no esforço de, diante da divergência , encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. Neste processo o que esta em jogo é o valor/sentido da própria prática. Ou seja, sendo o direito a prática social que garante legitimidade de uso da força pelo estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor justificação.

No que e refere à integridade e interpretação Ronald estabelece a integridade é a base para qualquer ordenamento jurídico. Somente através da integridade um sistema jurídico pode ser chamado de um sistema, só assim ele poderá não só se por como tal mas cumprir as funções delimitada a si. Sobre isso o próprio autor diz[24]:

> O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e deveres que decorrem de decisões politicas anteriores, ao reafirmarmos essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Decidir se o direito vai assegurar à sra. McLoughlin uma indenização pelos prejuízos sofridos, por exemplo, equivale a decidir se vemos a prática jurídica sob sua melhor luz a partir do momento em que supomos que a comunidade aceitou o princípio de que as pes-soas na situação dela têm direito a ser indenizadas.

E continua[25]:

> O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas de interpretação; não pedem aos juízes encarregados da decisão de casos difíceis que façam novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma

24 DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272-273.

25 Idem.

> vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade.

Dessa forma, Ronald Dworkin coloca a integridade como única forma de interpretar a prática jurídica de maneira total. A integridade busca um direito inteiro que não posso ser partido em partes específicas que caibam melhor em determinado caso, o direito é aplicado como um todo não parcialmente. Essa ideia é extremamente similar ao circulo hermenêutica de Hans Gadamer e Martin Heidegger onde só é possível entender uma parte pelo todo e vice-versa. Assim, conclui[26]:

> O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade - e como origem - das interpretações mais detalhadas que recomenda.

Para o autor é necessário que haja respostas corretas no direito. Casos semelhantes devem ter respostas semelhantes, pois ambos os casos estão inseridos no mesmo ordenamento e vigendo sobre as mesmas regras e princípios. Isto é integridade do ordenamento é dizer que as regras e princípios valem igualmente para todos e que não podem ser afetadas por valores subjetivos do julgador. Lenio complementa[27]:

> [...] Isto é : em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Trata-se da necessária superação de um modelo estrito de regras, sem cair no panprincipiologismo que tanto critico. Simples assim... e complexo.

E continua[28]:

> Assim haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através do holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer ''jogo limpo''.

Dessa forma, vamos utilizar outra metáfora utilizada por Ronald Dworkin, o de que

26 Idem.

27 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?-.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 98.

28 Idem

o direito é uma novela em construção, essa ideia significa que casa juiz age como um coautor de uma novela. Cada operador do direito tem uma responsabilidade similar aquela do escritor que acaba de receber a oportunidade de escrever apenas um capítulo de uma novela, por ele ser responsável por essa pequena parte e não pelas demais ele tem uma obrigação de, nesse capítulo, não ignorar o que já aconteceu nos capítulos anteriores e não desconsiderar o que pode acontecer nos capítulos que estão por vir. Sobre isso, Lenio se posiciona[29]:

> Neste ambiente, coerência e integridade manifestam-se como elementos de igualdade. No caso específico da decisão judicial, isso significa que os diversos casos serão julgados com igual consideração. Analiticamente, pode-se dizer que: a) coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o direito impõe ao seu desdobramento; e b) integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um modus operandi a forma de alcançá-la.

E completa[30]:

> Respeitar ou agir de forma coerente e integra quer dizer: o ato de aplicar a lei possui responsabilidade política. Um sistema jurídico que tem na coerência e integridade o seu vetor de racionalidade, nem precisaria ter mecanismos formais de vinculação jurisprudencial. Se o judiciário julga por princípio, o corolário é a manutenção da coerência e, consequentemente, da integridade. Julgamento que lançam mão de argumentos morais inexoravelmente quebrarão a cadeira de coerência, uma vez que a integridade estará comprometida.

Assim, o juiz, tal qual o escritor, tem responsabilidade de não ignorar as decisões judiciais passadas, além de não esquecer do impacto que suas decisões terão no futuro. Isso pois cada decisão que ignora a Constituição, a jurisprudência, os princípios fere a integridade do direito, fere a sua coesão e fere o ordenamento jurídico como um todo. Portanto, pode-se concluir que ser a favor de uma decisão judicial de acordo com o novo paradigma constitucional é ser contra os discricionarismos e ativismo judiciais que tem abalado a integridade do ordenamento jurídico brasileiro.

6 | LENIO STRECK E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Depois de passarmos por diversos autores de extrema importância para a interpretação no direito e, consequentemente, para a decisão judicial no novo paradigma constitucional, finalmente chegamos ao autor que é o marco teórico deste trabalho. Lenio ao longo de suas diversas obras criou uma nova forma de entender o fenômeno jurídico. Essa teoria ganhou o nome de Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

29 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 34.

30 Idem, p. 36

A parte mais interessante de analisar o autor nesse exato ponto de desenvolvimento desse trabalho é que a teoria de Streck foi o resultado do estudo dos diversos autores mencionados. Gadamer, Heidegger e Dworkin são de vital importância para o desenvolvimento da CHD e, dessa forma, essa teoria não só utiliza conceitos desses autores mas também os aperfeiçoa. Sobre isso o próprio autor expõe[31]:

> A Crítica Hermenêutica do Direito é um movimento que foi por mim fundado desde a primeira edição de [...] Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial (RT, 2014). [...] Com isso, pretendia fundar a matriz teórica abrangente para o direito que, sob os aportes da filosofia (em especial, da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer), possibilitassem uma análise crítica do fenômeno jurídico. Também a obra de Ernildo Stein, principal intérprete de Heidegger e Gadamer no Brasil. Penso que a Crítica Hermenêutica do Direito também recebeu muitas influências do pensamento de Luis Alberto Warat, em especial de sua crítica do senso comum teórico. Mas a minha proposta foi além disso ao incorporar elementos estruturais de filosofia hermenêutica e de hermenêutica filosófica, o que foi construído através dos diálogos e apoio do meu amigo e filósofo Ernildo Stein.

E continua[32]:

> Nos últimos anos, incorporei à ideia de CHD a necessidade de uma teoria da decisão judicial (a partir da noção de coerência e integridade de Ronald Dworkin, que, aliás, consegui colocar no novo CPC, no artigo 926), que não deve ser lida simplesmente como uma análise das decisões judiciais, mas da atribuição de responsabilidade política a todos os atores jurídicos. Criei também as seis hipóteses pelas quais um juiz pode deixar de aplicar uma lei [...].

E então conclui[33]:

> Assim, retomando esses pontos que mencionei acima, é possível identificar pelo menos três aspectos nessa minha abordagem. A grande inovação da Crítica Hermenêutica do Direito foi a fundação de uma matriz teórica para o direito com fundamentos filosóficos e de teoria do direito. Isto é, não se trata de uma aplicação direta de categorias filosóficas ao direito; não se trata de interpretar o direito de acordo com a leitura/posicionamento de determinado autor- a Crítica Hermenêutica do Direito se coloca exatamente nesse meio-termo.

A CHD tem como ferramenta o método hermenêutico, ou seja, a compreensão do fenômeno jurídico é realizada através da reconstrução histórica institucional do fenômeno. Somente se pode compreender os objetivos explícitos e implícitos da Constituição Federal de 1988 através de uma reconstrução de seu desenvolvimento e intenção de seus institutos sempre sendo analisados em sua integridade. Quando se afirma que a CF/88 pretende ser uma constituição dirigente isso não é mera vontade daquele que a estuda, mas um sentido encontrado na historicidade de sua criação e na coerência de seus dispositivos.

---

31 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.100-101.

32 Idem.

33 Idem.

Streck teve uma jornada intelectual ao longo de sua vida que o levou ao desenvolvimento dessa teoria, entretanto, o seu objetivo de alcançar uma teoria da decisão judicial ainda se encontra distante. Contudo, ele deixou em seus vários livros os princípios que devem nortear a formação de uma teoria da decisão judicial, ou seja, princípios ‘’conformadores de um agir concretizador da constituição’’[34]. Esses princípios são fundados numa reflexão prático-concreta sempre tendo em consideração a construção histórica institucional do objeto em questão. Eles se encontram entre a página 630 e 650, do posfácio, do livro Verdade e Consenso, do autor e serão analisados individualmente a seguir.

34 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 630.

PRINCÍPIOS PARA UMA DECISÃO JUDICIAL CONDIZENTE COM O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Para que uma teoria da decisão judicial surja efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro ele deve obedecer e se orientar por cinco princípios fundamentais determinados por Streck. Esses princípios são:

I. Preservar a autonomia do direito

O novo paradigma constitucional parte do entendimento de que a capacidade de outras áreas, como economia e política, de interferirem no direito levou a uma situação de insegurança jurídica tremenda que cominou na segunda guerra mundial e nas várias ofensas a direitos que dela adviram. Assim, para que o mencionado não volte a ocorrer, é necessário que o direito tenha um alto grau de autonomia que é fundamental e exigido na visão de uma constituição dirigente. Sobre isso o autor complementa[1]:

> Nesse contexto, esse princípio abarca vários padrões interpretativos trabalhados pelo Direito constitucional, denominados métodos ou princípios, tais como o da correção funcional (designado por Muller como princípio autônomo que veda que a instancia decisória possa alterar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções e competências, seja pelo modo da decisão ou em virtude do resultado desta) o respeito à rigidez do texto constitucional (que blinda o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador), a preservação da força normativa da Constituição e da máxima efetividade (sentido que dê à constituição a maior eficácia, como sustentam, por todos, Pérez Luño e Gomes Canotilho). Neste ponto, indubitavelmente temos que lançar mão da tese dos limites semânticos da constituição. Isto é, levemos o texto a sério. É evidente que o texto não se basta é evidente que texto e norma não são a mesma coisa; mas o texto já fala de alguma coisa, sobre alguma coisa e alguma coisa, assumindo relevância a tese da ''legalidade constitucional'' de Elías Díaz.

E continua[2]:

> Trata-se da institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história. Com efeito, podem ser detectados dois tipos de predadores no direito: os endógenos, que funcionam no plano da dogmática jurídica (entendida como senso comum teórico), pelo pamprincipiologismo, pelos embargos declaratórios (instrumentos utilizados para ''salvar'' decisões mal fundamentadas), pelas teses que relativizam a coisa julgada, pela aposta no ativismo e nas suas derivações, como o instrumentalismo processual e todas as formas e fórmulas que deslocam o problema da legitimidade da interpretação/aplicação do direito em favor do protagonismo judicial (o que denomino ''interpretação feita pelo sujeito solipsista''- ou por sua vulgata que se forjou no âmbito do senso comum teórico).

E completa[3]:

1 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p.631.

2 Idem, p. 631-632.

3 Idem, p. 632.

> Na outra ponta os ‘’predadores exógenos’’ que funcionam no plano da teoria do direito, podendo ser destacados, tradicionalmente, a inserção (e o uso) da moral como corretiva do direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais, e, finalmente, os discursos *law economics*, que pretendem colocar o direito a reboque de decisões pragmaticistas (para dizer o mínimo).

Conceder autonomia ao direito não quer dizer que ele se encontra em um patamar mais elevado que as outras matérias ou buscar uma ‘’pureza’’ jurídica. Dizer que o direito tem autonomia significa assumir que a função do direito não pode ser afetada por discursos pragmáticos e/ou teleológicos. Um direito autônomo é um direito que tem capacidade de cumprir as funções e objetivos determinados na CF/88 sem temer impopularidade política ou prejuízo econômico, uma constituição de tipo dirigente como a nossa não pode se curvar aos juízos de valores que sempre permeiam as áreas como política e economia.

Na opinião de Streck, o primeiro passo para que a autonomia do direito seja preservado é definir que o judiciário só poderá deixar de aplicar uma lei em seis situações[4]:

> a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
>
> b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
>
> c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição;
>
> d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklarung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfalle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
>
> f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como

4 Idem, p.634.

> standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em casos de "insignificância"). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

Assim, levar a sério a autonomia do direito significa levar a sério a função que o direito deve exercer na sociedade, é não deixar que essa mesma função se perca em argumentos morais, políticos ou econômicos. O direito autônomo que se busca nesses princípios é o direito da efetividade de seus pressupostos.

II. O controle hermenêutico da interpretação constitucional.

Nesse princípio, se retorna mais uma vez as contribuições de Hans Gadamer para a hermenêutica jurídica. Após a superação do esquema sujeito-objeto não se pode mais dizer que o sujeito (no caso o juiz) dá o sentido que quiser ao objeto (no caso o texto), mas sim que a linguagem (que é condição de possibilidade da relação entre sujeito e objeto) vai determinar, através da reconstrução histórica institucional do fenômeno, o sentido que será produzido pelo intérprete. Sobre isso, Lenio explicita[5]:

> Por isso, a afirmação de que o ''intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto'' nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ''existência'' autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei as necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que o mestre alemão dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). Isto não quer dizer, que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, fruto de um intérprete solipsista.

E complementa[6]:

> Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais , a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessário uma atuação propositiva do Poder judiciário

5 Idem, p. 636.
6 Idem, p. 637.

> (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas incumpridas da modernidade e o indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, das políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social. Mas essa atuação somente será legitima se ocorrer nos marcos da Constituição.

Diante do exposto, pode-se concluir que para uma visão substancialista da Constituição é necessário que o ativismo judicial seja rejeitado ao máximo. Não se pode mais aceitar que os juízos de valores dos interpretes das normas possam alterar o sentido que advém do texto pois não existe grau de sentido zero[7], o texto sempre pressupõe uma pré-compreensão. Pois só quando as leis forem levadas a sério o direito também poderá.

III. O efetivo respeito à integridade e à coerência do direito.

Nas palavras de Ronald Dworkin[8]:

> Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres da pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

A integridade e a coerência são, implicitamente, essenciais para o ordenamento jurídico de um estado democrático de direito. É através das mesmas que se supera a concepção da ''necessidade'' do protagonismo judicial, pois se o ordenamento jurídico é integro e coerente os direitos e, dessa forma, a Constituição poderão ter a possibilidade de sua efetivação máxima. Quando a Constituição for efetiva não haverá mais necessidade de ações arbitrárias do judiciário.

Sobre esse princípio Lenio fez uma série de considerações sobre a questão da coerência, assim, para o autor[9]:

> a) Haverá coerência se os mesmo princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos;
>
> b) Mas , mais do que isto, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição;
>
> c) Supera-se, desse modo, o assim denominado princípio da proporcionalidade, que deixa de ser um ''superprincípio'' pelo qual o intérprete, após uma ponderação que não dispensa um elevado grau de discricionariedade (como reconhecem, por todos, Alexy e Prieto Sanchis), adjudica os sentidos que mais lhe convier;
>
> d) No âmbito da hermenêutica (constitucional) aqui trabalhada, a exigência de proporcionalidade (ou razoabilidade) será o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão;

7 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 21.

8 DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

9 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 639-640.

> e) A decisão (adequada constitucionalmente) não exsurgirá do balanceamento que o intérprete faz entre ''valores em colisão'' mas, sim, da reconstrução do direito, com efetivo respeito à integridade e à coerência, com substancial redução do nível de discricionariedade do aplicador, cuja decisão não deve ser uma ''opção política de valores'', como bem recomendam tanto Habermas como Dworkin. [...];
>
> f) Uma decisão possui efeitos colaterais. Uma decisão é- no dizer de Dworkin- como um romance em cadeia. Portanto, não é um conto. [...] No conto não se exige coerência com outros contos. No romance, um capítulo deve ser coerente com o outro, preservando, assim, a integridade do romance.

Integridade e coerência não são a mesma coisa, entretanto a integridade só se dá pela coerência. A integridade requer que as normas sejam criadas de forma a expressar o sistema jurídico como único e coerente no que se trata do próprio direito e da justiça[10]. A integridade exige do juiz uma busca mais extensa sobre o que se refere a coerência de uma decisão e sua conformidade com o ordenamento jurídico.

IV. O dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação

Em tempos de Constitucionalismo contemporâneo é necessário se falar sobre um direito fundamental a uma decisão judicial devidamente fundamentada. A decisão judicial é condição de possibilidade de materialização de direito e, dessa forma, a sua mera motivação não é suficiente para que seu objetivo seja cumprido com efetividade. Sobre isso o autor elabora[11]:

> A fundamentação (justificação) da decisão, em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na toma de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade etc.) faz com que nela- na fundamentação do compreendido- o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.

E continua[12]:

> Portanto, por este princípio, é possível discutir a aplicação do direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, isto porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Com efeito, a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

E então conclui[13]:

10 Idem, p. 640.
11 Idem, 644.
12 Idem.
13 Idem, 645.

> O estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões proporciona, também, a superação de quaisquer resquícios próprios dos paradigmas jurídicos do passado, como a pratica da subsunção ou do silogismo dedutivista. A necessidade da fundamentação impede que as decisões se resumam à citação de enunciados assertóricos, anti-hermenêuticos na origem, por obnubilarem a singularidade dos casos, Este princípio- que é um dever fundamental- vem a ser complementado por um outro igualmente fundamental: o do direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição, isto é, o direito a obter uma resposta baseada em pretensões juridicamente tuteladas.

Assim, conforme exposto, para que uma decisão judicial seja adequada ao novo paradigma constitucional é necessário não que o juiz explique o que o motivou a dar determinada decisão, mas sim que justifique a decisão dada através do ordenamento jurídico como um todo, sempre respeitando a sua coerência e integridade.

V. O direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada

A tese da resposta adequada foi engendrada pelo próprio Lenio e sobre a sua criação ele comenta[14]:

> Quando criei a tese da necessidade de respostas corretas em Direito (entendidas como constitucionalmente adequadas) não fiz uma mera adesão à proposta de Dworkin. Isso porque não podemos ignorar a diferença entre o sistema jurídico da ***common law*** e da ***civil law***. [...] Em outras palavras, a possibilidade de se obter ''respostas corretas'' não está, pois, na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na ***applicatio*** [...].

E continua[15]:

> Para alcançar a resposta correta- denominada na CHD de resposta adequada à Constituição- utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da ''*law as integrity*'' de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito, ambas são antirelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as ''contingências'' do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a ''interpretação'' da ''aplicação'' (daí a noção de ***applicatio***, que rompe com a antiga tripartição entre ***subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi*** e ***subtilitas applicatio***).

Quando se estabelece o princípio do devido processo legal como um dos basilares do estado democrático de direito, implicitamente se exige que a sua etapa mais crucial não seja preenchida com discursos de moral, política ou economia mas sim do direito devido e da necessária fundamentação. Mas quando falamos isso não queremos dizer qualquer direito ou qualquer fundamentação, esses aspectos devem ser de acordo com a Constituição e o ordenamento que ela estabelece. Dessa forma, se efetiva tanto esse

14 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 254.

15 Idem.

princípio quanto o quarto.

De acordo com o próprio autor uma resposta adequada à constituição será[16]:

> a) Consequência da obediência dos demais princípios, isto é, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação;
>
> b) O direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrático (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um ''produto'' filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas [...]
>
> c) Desse modo, a tese aqui apresentada, que também discuto em Verdade e Consenso, é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ''da resposta adequada à Constituição'', isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.

Diante do exposto, pode-se concluir que a resposta adequada a Constituição é uma condição de possibilidade de uma decisão judicial de acordo como o novo paradigma constitucional. Somente através dela se poderá eliminar os discursos ativistas e finalmente buscar uma eficácia maior da Constituição e dos objetivos determinados por ela.

16 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 647.

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Essa etapa final do trabalho se focará em analisar como as teorias já expostas se encontram no NCPC/15 e como a tese do livre convencimento motivado(método de apreciação de provas que ainda se limita ao esquema sujeito-objeto) foi eliminada em relação ao código anterior. Através disso, se espera que seja possível visualizar não só como as teorias de Lenio e Ronald Dworkin se encontram nelas, mas também como o novo paradigma constitucional pode ser materializado em outras áreas, no caso no processo civil. A resposta adequada à constituição e a integridade não se limitam às questões de controle de constitucionalidade mas sim se estendem por todas as áreas do direito pois sempre se deve entender o todo pela parte e a parte pelo todo.

1 | BREVES CONSIDERAÇÕES

Em 18 de março de 2016 entrou em eficácia a Lei Federal n. 13.105/2015, que estabeleceu o novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC/15), acontecimento de extrema relevância para os juristas e o ordenamento jurídico como um todo. De fato, o novo código vem coberto de mudanças e gera, por si só, uma série de expectativas na comunidade jurídica. Através desse novo diploma os legisladores e operadores do direito buscam um processo civil, e principalmente uma decisão judicial, coerente e que seja capaz de dar respostas em acordo com a Constituição.

O novo Código de Processo Civil é a primeira codificação de processo civil criada em pleno estado democrático de direito e sob a vigência da Constituição de 1988. Assim, as alterações, no que se refere à apreciação de provas nesse código e a importância da fundamentação, tem por objetivo materializar os pressupostos de um estado democrático e da própria Constituição, surgindo, assim, um novo sistema de apreciação que se diferencia tanto do livre convencimento motivado quando da prova tarifada e que busca uma resposta adequada à Constituição.

Essa parte do trabalho tem por objetivo analisar essa a mudança no sistema de apreciação de provas trazido pelo NCPC/15 e compara-la aos já utilizados nas codificações passados, como: a prova tarifada, o livre convencimento puro e o livre convencimento motivado, para, ao fim, analisar a decisão judicial no NCPC/15 como um todo.

2 | O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O livre convencimento motivado consiste em uma forma de valoração das provas que ainda se encontra preso ao esquema sujeito-objeto, ou seja, ainda diz que o intérprete pode dar qualquer sentido ao objeto, tudo isso sem considerar a linguagem como meio de intermédio entre os dois. Se trata de um dos desenvolvimentos da valoração de provas ao longo da história como explica Teresa Arruda[1]:

---

1 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2016., p. 1066.

> Com a evolução chegou-se ao sistema da persuasão racional do juiz, em que se estabelece que às partes compete produzir as provas tendo como objetivo convencer o juiz da veracidade de suas alegações e que foi combinado ao então denominado livre convencimento motivado do juiz, em que este era livre para apreciar as provas, sem critérios predeterminados, mas deveria demonstrar claramente os motivos de seu convencimento. Este é o sistema probatório atual (persuasão racional do juiz –livre convencimento motivado).

É considerado, portanto, ''um modelo intermediário entre o sistema regular de provas e o modelo da íntima convicção, valendo o livre convencimento do magistrado, porém adstrito às provas dos autos"[2].

Nessa forma de valoração[3]:

> O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula ***pleno jure*** (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.

No seu período histórico o livre convencimento motivado surgiu como uma superação do ''juiz-boca-da-lei'' e do positivismo exegético que proibia o juiz de interpretar a lei (que se trata de uma grande falácia, pois, como foi demonstrado na teoria de Streck com base em Gadamer, é impossível separar leitura, compreensão e aplicação). Assim haveria mais liberdade ao juiz que não teria que e ater apenas ''a letra fria da lei'' podendo se utilizar de outros argumentos.

Contudo, o grande problema dessa forma de apreciação foi a parcialidade nas decisões e em muitos casos a total falta de respaldo jurídico, como explica Delfino[4]:

> Comentadores notabilíssimos do CPC-1939, a exemplo de Pontes de Miranda, ainda que entusiastas do livre convencimento motivado, já àquela época assinalavam o inconveniente de se admiti-lo, sem limites claros, já que isso aumentaria enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abriria a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube.

Rubens Casara analisa o que ele chama de ''mito do livre convencimento'' da seguinte forma[5]:

---

2 MANOEL, Márcia dos Anjos. **O Princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,oprincipio--do-livre-convencimento-motivado-como-consectario-do-devido-processo-legal-no-estado-democraticode,50389.html. Acesso em 18 fev. 2018.

3 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 391.

4 DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. Disponível em http://justificando.com/2015/04/13/aexpulsao-do-livre--convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-oshermeneutas/. Acesso em: 18 de fev. de 2018

5 CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180.

> Esse princípio enuncia que ‘‘o julgador tem liberdade de valorar as provas, de acordo com sua consciência ou convencimento, desde que motivadamente e não extrapolando o que consta no processo’’. Assim, ao valorar as provas, os elementos de convicção trazidos dialeticamente ao processo, o juiz não esta preso a valores previamente fixados em lei [...] mas tem o dever de motivar racionalmente sua conclusão.

E continua[6]:

> Ao recorrer ao ‘‘princípio do livre convencimento motivado’’, o julgador ignora o ***linguistic turn***, desconsiderando que o acesso à prova não se dá de maneira direta e objetivante, bem como o inconsciente. Com o giro linguístico, a linguagem, que já esta dada, passa a ser percebida como condição de possibilidade do conhecimento manifesto e do inconsciente, aquilo que é latente. Dito de outra forma: o sujeito cartesiano não pode mais ser visto como fundamento do conhecimento, pois ele só surge com e pela linguagem.

E então conclui[7]:

> Para além da postura dogmática atrelada ao paradigma do sujeito cartesiano (eu da consciência), o dever de motivar as decisões não pode mais significar a necessidade de expor as razões de fato e de direito que o levaram à opção probatória, porque não foi a razão que produziu, com exclusividade, essa decisão. A partir dessa premissa, o dever de motivar deve ser compreendido como autoanálise, forma de controle ***a posteriori***, exercido pelo próprio julgador acerca da legitimidade democrática de sua decisão (na realidade, é a fundamentação da decisão, somente criada após o seu evento, funciona como interdição ao arbítrio, espécie de super-eu dogmático.

Assim, pode-se entender que o livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas não esta adequada às necessidades da decisão judicial surgidas com o novo paradigma constitucional.

O NCPC/15 inaugura um novo sistema de apreciação de provas. É determinado pelo código que toda decisão seja devidamente fundamentada, e não com qualquer fundamentação mas com uma coerente com o ordenamento jurídico nacional além de promover, na forma do artigo 926, a busca por uma jurisprudência ‘‘estável, integra e coerente’’ como quis Dworkin. Ao escrever o antigo artigo 131 do CPC/73 sem o termo ‘‘livre’’, na forma do artigo 371, o legislador removeu o livre convencimento motivado do ordenamento e abriu portas para decisões judiciais adequadas à Constituição.

3 | A APRECIAÇÃO DE PROVAS ANTES DO NCPC/15

Antes do código atual, o livre convencimento motivado era considerado o mais importante meio de apreciação de provas, sendo encontrado nos dois código de processo civil que o antecederam, o de 1939 e 1973.

No CPC/39, ele estava disposto da seguinte forma:

---

6 Idem, p. 181

7 Idem, p. 185

> Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Esse artigo também determina, em seu parágrafo único, que, na sentença, o juiz deve indicar "os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento".

O CPC/73 tem uma abordagem extremamente semelhante. Dessa forma, ele dispõe, em seu artigo 131, que:

> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Entretanto, existiam exceções à regra no que se tratava da produção de provas, tanto no artigo 366 quanto no 355, que diziam, respectivamente, que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta" e também que "em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece".

Foi analisado ao longo desse trabalho que arbitrariedade não é condizente com o novo paradigma constitucional. Dessa forma, foram criadas limitações, mesmo que ineficientes, que o juiz deveria obedecer ao decidir um caso[8]:

> a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;
>
> b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais;
>
> c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;
>
> d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.

Com a ineficiência de limitar o livre convencimento dos magistrados foi se tornando cada vez mais claro que esse sistema não poderia continuar como o instituto da apreciação de provas. Assim, o NCPC/15 busca alinhar a decisão judicial ao constitucionalismo moderno que não aceita mais que discricionarismos e ativismo sejam parte do cotidiano da prática jurídica dos magistrados.

---

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 476.

4 I A SISTEMÁTICA DA APRECIAÇÃO DE PROVA NO NCPC/15: O FIM DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Sobre o avanço sistemático alcançado pelo código, no que se refere à apreciação de provas , Lenio Streck se manifesta[9]:

> Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado "coparticipação", com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do 'livre convencimento'. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.

A posição de Streck se justifica pelo simples fato deste código de processo civil se o primeiro aprovada em período de plena democracia, haja visto, que o código de 1939 foi aprovado durante o Estado Novo de Getúlio Vargas e o de 1973 em plena ditadura militar. Assim, o CPC/15 não só nasceu em berço democrático, mas carrega em si os pressupostos constitucionais que andavam tão distantes do processo civil brasileiro.

No anteprojeto do código, mais especificamente em seus motivos, se estabelece a busca por um processo "mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo". Dessa forma, através de uma reforma sistemática foi possível adequar o código à sociedade e paradigma constitucional que ele se encontra[10]:

> Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

9 STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas:** o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. 2015, p. 3. Disponível em https://www2.senado.leg. br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 de fev. 2018.

10 SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil:** anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 14.

O primeiro objetivo orientador do NCPC/15 se encontra em seu primeiro artigo que determina que:

> Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

O segundo, por outro lado, pode ser achado com o novo artigo 371, que trata da apreciação de provas por parte do juiz e, com a retirada do termo livre, determinou o fim do livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas. O artigo determina que ‘’o juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento’’.

A busca por um processo mais simples e célere como buscam os objetivos terceiro e quarto surge para evitar situações como a descrita no livro ‘’O processo’’ de Kafka onde um homem se encontra preso a um processo onde ele não compreende os atos, a linguagem e, assim, o processo como um todo se torna alheio a ele[11]. A população comum deve ser capaz de entender seus direitos processuais para que, assim, possa exercê-los efetivamente.

Finalmente, o quinto objetivo busca a volta de um sistema processual coeso que se perdeu com as várias reformas que o código passado sofreu.

O artigo 926 do código além de buscar a estabilidade, integridade e coerência (comuns a teoria de Dworkin de onde esse artigo teve clara inspiração) também tem por objetivo dar efetividade ao princípio da segurança jurídica, não pode-se falar dessa segurança se cada tribunal decide casos parecidos de formas totalmente diferentes. Essa preocupação com a coerência também se encontra no artigo 927, que dispõe:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A constituição brasileira adota um sistema onde o indivíduo tem direitos ‘’contra’’ o estado, ou seja, direito que determinam limites a atuação do estado para que não se

11 KAFKA, Frans. **O Processo**. São Paulo: Martin Clarinet, 2014.

cometam arbitrariedades ou abusos de poder. Sobre isso o professor Lenio Streck explica[12]:

> O processo (falo aqui do processo jurisdicional, mas essa observação serve também ao processo legislativo) deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Por pelo menos duas razões: a primeira, porque, como cidadão, eu tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a segunda, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente (de novo: isso serve tanto para o âmbito político como para o jurídico). Somente assim é que farei frente a uma dupla exigência da legitimidade, a mediação entre as autonomias pública e privada. Sou autor e destinatário de um provimento. Por isso é que tenho direito de participar efetivamente do processo.

Existem uma série de avanços nos artigos do NCPC/15 e, dessa forma, uma nova forma de pensar e realizar o processo. Esse novo sistema é extremamente moderno mas, se ele não for aplicado da devida maneira, de nada ele servirá, como comenta o autor[13]:

> Quando se examina o Projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) [...], não se pode deixar de reconhecer alguns avanços consistentes. Não obstante, há de se ter muito cuidado para evitar que a própria dogmática jurídica, a partir de uma hermenêutica de bloqueio, proporcione retrocessos ao novo texto que aí vem. Como exemplo, lembremos sempre do que o Poder Judiciário fez com o art. 212 do CPP (ou seja, mesmo que o legislador tenha dito que “o juiz somente poderá fazer perguntas complementares”, nem juízes, nem STJ, nem o STF levaram em conta essa inovação legislativa). Ou seja, não adianta simplesmente alterar a lei.

Dessa forma, instaurar um novo processo civil não depende apenas de uma codificação adequada mas sim de uma aplicação devida dos institutos previstos nessa legislação. É necessário que a mente dos juristas se modernize junto com a legislação. Uma visão nova do processo é indispensável para que o NCPC/15 seja efetivado de maneira total e não se torne apenas um texto qualquer.

5 I COMENTÁRIOS ÀS CRÍTICAS SOBRE O FIM DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Um dos maiores avanços processuais que o novo código de processo civil trouxe foi a eliminação do livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas. Entretanto, alguns juristas afirmam que o livre convencimento continua presente no texto do código. Nesse subcapítulo se questionara as afirmações de um desses críticos com o objetivo de deixar claro o fim do livre convencimento motivado no processo civil brasileiro.

O jurista em questão é o professor Fernando da Fonseca Gajardoni que, em um de seus artigos, disse que[14]:

12 STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas:** o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. 2015, p. 4.

13 Idem, p.1

14 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC.** Disponível em http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc. Acesso em 18 fev. 2018.

> O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais.

O erro que Gajardoni comete é fundado no senso comum teórico dos juristas[15] ou, como defendido por Casara, no mito do livre convencimento, que pode ser usado tanto para o processo penal quanto para o civil[16]. É verdade que o livre convencimento surge como uma resposta à prova tarifada, isso não quer dizer que ele não pode ser superado ou que ele é basilar em qualquer modelo processual. Outro aspecto a ser analisado, voltando a Casara, é que o livre convencimento é necessário para o combate das outras formas de apreciação de provas. O livre convencimento motivado foi por tanto tempo ensinado em universidades e usado como justificativa para decisões que ele se tornou para muitos inquestionável devido a sua ''necessidade'' fato que é comum a qualquer mito no direito[17].

Além disso, apesar de o livre convencimento motivado ser supostamente limitado pelo ordenamento jurídico isso nunca impediu decisões que ignoram totalmente o texto da lei em prol de argumentos finalistas ou moralistas como, por exemplo, de justiça. O livre convencimento motivado se tornou um argumento *ad hoc* para justificar discricionarismo e dessa forma ele se encontra ultrapassado. Por isso, nesse trabalho se defende o fim dele para que a decisão judicial possa se adequar ao novo paradigma constitucional.

Outro argumento utilizado por Fernando Gajardoni para justificar sua opinião de que o livre convencimento continua em vigor no NCPC/15 é o seguinte:

> A boa previsão legal de ***standards*** mínimos de motivação no Novo CPC (art. 489, § 1º, do CPC/2015) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015. Ademais, os artigos 371 e 372 comprovam a afirmação de que subsiste a liberdade de valoração da prova no CPC/2015, ao indicar que o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (isso não é livremente?), devendo, contudo, indicar as razões da formação do seu convencimento.

Existem vários aspectos a comentar sobre esse argumento. O primeiro é que toda limitação afeta a liberdade, se o NCPC/15 estabelece limites em como o juiz motiva sua decisão ela também limita que uma prova seja valorada com base em conceitos arbitrários, haja visto, que a valoração da prova deve ser fundamentada na decisão. O segundo, consiste em que, como já mencionado, a valoração da prova e a motivação estão intrinsicamente ligadas e também o fato de que o antigo CPC/73 não estabelecia critérios de motivação

15 STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p. 269.

16 CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185.

17 Idem, p. 56-57.

pelo próprio motivo de ainda ter livre convencimento motivado. O terceiro e último ponto é sobre as afirmações do professor sobre os artigos que dispõem sobre valoração de provas. O artigo 371 não admite livre apreciação da prova sendo necessário que a prova seja valorada com base em quesitos constitucionalmente adequados, e o artigo 372 também estabelece limite a atribuição de valor através da observação do contraditório.

Diante do exposto, pode-se concluir que a crítica de Fernando Gajardoni mantem-se atrelada aos temas já discutidos nesse trabalho: senso comum teórico dos juristas, mitologia jurídica e não superação de esquema sujeito-objeto.

Também no que se refere ao posicionamento de Fernando Gajardoni, o jurista Gulherme Valle Brum diz que a valoração e interpretação de uma prova são indivisíveis. Guilherme usa um exemplo que ocorreu no TJ-RS[18]:

> Na apelação cível 70047701032, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul utilizou seu "livre convencimento motivado" para afastar a tese do Estado de que poderia haver substituição do medicamento requerido pelo autor da demanda por outro, de eficácia equivalente, fornecido no âmbito do Sistema Único de Saúde. Foi dito pelos julgadores, na ocasião, que "o destinatário da prova é o juiz, cabendo a ele decidir se a prova pretendida é ou não pertinente", ou seja, "o julgador é livre para dispensar as provas que entende desnecessárias para o deslinde da causa e, consequentemente, para formar seu convencimento". Por isso, concluíram que "o médico que atendeu ao paciente é quem tem melhores condições de avaliar seu estado de saúde e receitar o medicamento mais indicado para o caso, bem como se é possível ou não a substituição deste".

O Jurista entende que nesse caso o livre convencimento motivado foi usado como justificativa para uma decisão incorreta. Sobre isso ele completa[19]:

> A partir de uma análise crítica desses precedentes, podemos extrair para o presente debate que, seja quando um juiz diz que o receituário do médico particular da paciente é suficiente para o provimento do pedido, seja quando afirma ser necessário prova pericial a fim de verificar a efetiva necessidade do uso do fármaco ou a possibilidade de tratamentos alternativos previstos pelo SUS, ele está, sim, sendo influenciado pelas suas pré-compreensões sobre o alcance do direito constitucional à saúde. Em outras palavras, a norma que regulamenta o caso (a "norma" entendida como o resultado da interpretação) e que, portanto, iluminará a decisão sobre a controvérsia probatória decorre de uma interpretação conjugada entre, em termos vulgares, a realidade e a lei. O "livre convencimento", pois, não está presente apenas no exame da prova em si, como se fato e Direito pudessem ser interpretativamente cindidos.

A modernização que NCPC/15 trouxe veio para adequar o processo civil aos padrões constitucionais. Dessa forma, o livre convencimento não se encontra mais como adequado ao sistema atual como explicam Lúcio Delfino e Ziel Lopes[20]:

---

18 BRUM, Guilherme Valle. **Réquiem para o livre convencimento motivado.** Disponível em http://www.brunettocontadores.com.br/noticia/60869. Acesso em 18 fev. 2018.

19 Idem.

20 DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. Disponível em http://justificando.com/2015/04/13/aexpulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-oshermeneutas/. Acesso

> Verdade é que o "princípio" do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um ***locus*** normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne simples estátua na proa do navio (ou um robô), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua responsabilidade política. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional. E é nele, no direito construído intersubjetivamente no ambiente processual, que as atenções de todos os atores processuais devem se voltar.

Sobre o mesmo tema José Medina comenta[21]:

> Mas o fato de se ter extirpado tal expressão da lei processual é carregado de simbologia: à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas. De todo modo, essa conjuntura exige, para concretizar-se, um comportamento político do juiz no sentido de acomodar-se em substância, e não apenas formalmente, à exigência de que as decisões sejam racionalmente fundamentadas

O processo moderno não pode aceitar as ''surpresas'' que são as decisões arbitrárias, sejam elas de qualquer tipo. Um exemplo em que o processo não aceita mais essas surpresas são os artigos 9º e 10º que dizem, respectivamente, que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" e, também que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Assim o processo evita acontecimento inesperados durante a sua realização.

Lenio Streck, através de sua extensa obra, fez várias contribuições para a formação do novo código de processo civil como ele é hoje. Sobre as críticas que dizem que o NCPC/15 ainda contém livre convencimento motivado, o autor expõe[22]:

> O Brasil forjou um imaginário pelo qual a decisão judicial depende da convicção pessoal do magistrado. Isso foi naturalizado, tornado senso comum. O lema "decido conforme minha consciência" foi introjetado e reproduzido nos livros e nas salas de aula. É absolutamente "normal" — e isso pode ser visto nas dezenas de livros sobre o novo CPC que circulam — que o livre convencimento e a livre apreciação sejam o norte do processo. Civil e

em 18 de fev. 2018.

21 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p.654-655.

22 STRECK, Lenio Luiz. **O novo CPC e o discurso da servidão voluntária dos juristas brasileiros.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/senso-incomum-cpc-discurso-servidao-voluntariajuristas. Acesso em 18 de fev. 2018..

> penal. Por isso, nunca floresceu uma teoria da decisão no país. Claro: se os juízes decidem conforme sua consciência e por livre convencimento, por que haveria de existir uma teoria da decisão? Impossível teorizar a consciência. Se a consciência tivesse uma consciência, ela mesma fugiria de si.

E continua[23]:

> Fiz uma opção por um Direito calcado em paradigmas filosóficos. Somente assim é possível fazer desleituras (Bloom e Stein) das capas endurecidas de sentidos que cobre aquilo que se pode denominar de "um Direito no Estado Constitucional e Democrático de Direito", com seu grau de autonomia, desrespeitado dia a dia exatamente por esses critérios de vontade. Por favor, não é implicância minha. Não inventei isso. Apenas tento socializar esse conhecimento teorético para fazer ver que a aplicação do Direito não pode depender de subjetivismos. Claro que o Direito não está contido na lei, como se as hipóteses de aplicação já estivessem ali contidas. Mas também o Direito não é o que o juiz ou ministro dizem que é. Minimamente, onde está escrito "presunção da inocência" deve-se ser "Presunção da inocência". Esse sentido não pode cambiar sob pretexto de vontades, políticas, moralidades... Ou até mesmo de estatísticas, como quis fazer ver o ministro Roberto Barroso para justificar a decisão no HC 126.292. Com todos esses elementos, fica fácil identificar as razões pelas quais juristas dos mais variados matizes (juízes e processualistas, principalmente) insistem na decisão conforme a consciência, no livre convencimento, mesmo que a lei processual civil tenha expurgado a palavra "livre". Não me preocupo com as críticas. Preocupa-me, sim, a democracia e o sofrimento dos advogados nas suas lutas cotidianas contra o desconhecido, contra o excepcional, contra o arbítrio.

Dessa forma, o estado para de agir arbitrariamente e começa agir como condição de possibilidade do processo ao cumprir os seus pressupostos democráticos. Quando isso acontecer o processo pode finalmente cumprir sua função social.

Ainda sobre a questão do livre convencimento motivado, Willian Santos Pereira, em uma obra com vários autores de comentários ao NCPC/15, comenta[24]:

> A denominação utilizada no CPC/1973 objetivava aclarar não propriamente uma "liberdade" do julgador para decidir como desejasse apenas apresentando motivos, o vocábulo "livre" significava desvinculado de um "sistema tarifado", de "provas legais", apenas isto. Contudo, nos 40 anos de vigência do CPC/1973 o que se observou foi um desvirtuamento da norma, a cada dia é mais comum o "livre convencimento motivado" servir de recurso retórico para até "liberar" o julgador de esforços de demonstração de correção do julgamento referente ao plano fático, de especificação dos elementos do conjunto probatório dos autos que o convenceram. Utilização de descrições como "convencido pelo que constante do acervo probatório", "diante das robustas provas produzidas pela parte", enfim, "chapas" inadmissíveis. Isto já vinha sendo paulatinamente criticado pela doutrina, mas sem grande repercussão prática, até pelo argumento da necessidade de se lidar com um acervo de processos cada vez maior

---

23 Idem.

24 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1067.

E continua[25]:

> No disposto no art. 371 exclui-se o vocábulo "livre" e determina a consideração judicial das provas constantes dos autos e a indicação das razões da formação de seu convencimento que impõe um cuidado redobrado do julgar para apresentar efetivamente os elementos dos autos que levaram a um determinado posicionamento. Não há liberdade no ato de julgamento, há um dever de fundamentar a posição tomada, que deve ter como pauta de conduta a preocupação em buscar convencer as partes acerca da correção do posicionamento judicial (persuasão racional das partes), isto é uma mutação revolucionária na normatização do ato de julgar, porque a decisão não é propriamente imposta, mas disposta para convencer. A construção deve ter este espírito, o convencimento das partes deve ser uma meta do pronunciamento, ainda que não seja necessário alcançar este resultado.

E conclui[26]:

> A legitimidade decisória não mais emana de elementos religiosos ou de transmissão de poder imperial ou ditatorial, mas sim está no "procedimento" assecuratório da efetiva participação dos envolvidos e no julgamento que deve ser reflexo desta atuação das partes e não farol a ela direcionado, Relacionado o disposto no art. 371 com o disposto no art. 489, § 1.º, II e IV, fica evidente que são inadmissíveis declarações genéricas que em nada "individualizam" o julgamento da causa ou o correlacionem com precisão à prova "constante dos autos". Em síntese, além de um dever de fundamentar, o destaque é para a imprescindibilidade de absoluto repúdio às "motivações" formalistas ou fictícias, que tornam impossível o controle da parcialidade e da valoração das provas e da reconstrução dos fatos (Michele Taruffo. Páginas sobre Justicia Civil. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 54).

Assim, se torna cada vez mais claro a busca por uma resposta adequada a Constituição e, também, a concepção de que não é qualquer fundamentação que se busca numa decisão judicial, mas sim uma adequada ao ordenamento jurídico que mantenha a integridade e coerência buscada pelo código. Uma simples denominação de que lei se aplica ao caso de nada vale se o juiz não definir os motivos que fazem com que o caso seja tutelado por essa norma.

Dessa forma, o novo código busca a integração no direito. Nas palavras de Lenio[27]:

> [...] a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas.

---

25 Idem.

26 Idem

27 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?-.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 98-99.

E continua[28]:

> A integridade é antiética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um ''grau zero de sentido'', como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso- a morte do personagem- não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.

Em suma, o processo moderno não aceita o livre convencimento, por isso o elimina sistematicamente dando abertura para uma nova fundamentação e apreciação de provas, assim, abre-se um novo horizonte no processo civil brasileiro que deve ser buscado por todas futuras legislações sobre processo e pelo ordenamento jurídico como um todo. O fim do livre convencimento motivado no NCPC/15 deve ser comemorado pela comunidade jurídica como um passo em direção a um processo mais democrático e, dessa forma, mais condizente com a Constituição.

28 Idem, p. 99.

CONCLUSÃO

Esse trabalho pode ser definido como uma tentativa de explicar o que é a decisão judicial, a interpretação e o novo paradigma constitucional, e como esses três juntos criam as bases do que deve ser o direito nos tempos atuais. A sombra das guerras mundiais sempre perseguirá o direito, é o temor que os acontecimentos daquela época retornem, sob uma nova roupagem, para destruir as conquistas do final desses últimos dois séculos que guia o surgimento das constituições contemporâneas. É esse temor que vai tornar a constituição extremamente rígida na questão dos direitos fundamentais.

No caso do Brasil esse temor é maior, a tão recente ditadura militar, e o já distante estado novo, deixaram visíveis marcas no direito brasileiro. A existência do livre convencimento motivado que, por tanto tempo, permitiu arbitrariedades dos juízes e, dessa forma, do estado, é um exemplo de como os períodos autoritários, e de democracia não totalmente plena, ainda afetam o direito brasileiro. A Constituição Federal de 1988 não é compatível com essas aberrações autoritárias, então ela deve servir como remédio para as mesmas.

A hermenêutica se apresenta como essencial para se resolver essas questões. Através das contribuições de Heidegger, aprendemos que as coisas não são o que o sujeito diz que são. A relação sujeito-objeto, que por tanto tempo foi um axioma para a filosofia, é completamente eliminada na filosofia heideggeriana, o autor vai dizer que as coisas não são definidas pelo sujeito mas sim pela linguagem. Assim, a linguagem não é mais um instrumento usado pelo sujeito para compreender o objeto, mas sim, condição de possibilidade da existência dessa relação.

Nesse momento crucial da escrita de seu livro Ser e Tempo, a filosofia é invadida pela linguagem e, dessa forma, o direito também. A norma não é o que o intérprete diz que é, mas sim o que aquele texto significa na codificação que se encontra e no sistema constitucional presente, ou seja, a norma é o significado do texto no contexto jurídico que ele se encontra. Não se pode interpretar nenhum artigo de qualquer lei sem analisa-los pelo todo. Assim, uma interpretação só é adequada quando ela é adequada à Constituição.

Gadamer também é de vital importância para esse momento no direito. A noção do autor de produção de sentido por parte do intérprete é importantíssima para que a norma jurídica seja trazida para o mundo prático. Para Gadamer, é impossível para o intérprete reproduzir o sentido de um texto, dessa forma, toda interpretação é um ato de criação, pois o texto estará inserido em um contexto histórico, linguístico e institucional diferente daquele de quando foi escrito. É somente no contexto atual que o texto jurídico se encontra que é formada a interpretação correta.

Um exemplo de caso onde a produção de sentido pelo intérprete é clara, ocorre no caso do crime de furto qualificado por escalada. Na época de criação do código penal era comum as casas terem muros altos, dessa forma, não é qualquer escalada de muro que pode qualificar o furto, um muro de 1 metro e meio, por exemplo, não pode ser considerado escalada. Essa análise consiste em analisar a historicidade da norma e, dessa forma, trazê-la para o presente com uma nova produção de sentido.

O jurista norte-americano Dworkin também tem importantes contribuições para a

decisão judicial contemporânea. Ele criou a ideia do direito como integração, assim, para o autor, existe apenas uma resposta correta, que é a de acordo com o ordenamento jurídico, e o juiz tem o dever de chegar a essa resposta. O juiz, para Dworkin, tem responsabilidade política de não deixar subjetivismos alterarem a decisão que deve ser conforme o direito. Assim, o juiz exerce a sua função cumprindo com sua responsabilidade como representante do poder judiciário, não exercendo as funções que caberiam ao legislador.

Para Dworkin o direito é como uma novela onde cada capítulo é escrito por uma pessoa (juiz) diferente. Em uma novela desse tipo, o escritor de um capítulo deve sempre levar em consideração os capítulos anteriores e os que estão por vir. Assim, ele não pode matar o protagonista ou fingir que certos eventos não aconteceram. O juiz tem uma responsabilidade parecida, ele não pode ignorar as decisões dos tribunais superiores e também não pode agir como se sua decisão não tivesse efeitos sobre as que estão por vir. Dessa forma, o juiz deve sempre exercer seu dever no presente mas com um olho no passado e o outro no futuro.

Todos esses conceitos cunhados pelos autores mencionados acima, tiveram vital importância para a criação do marco teórico adotado nesse trabalho, que foi a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) criada por Lenio Streck. Essa teoria parte do fundamento de que a interpretação e, dessa forma, a decisão judicial não podem depender de subjetivismos do intérprete. O giro ontológico-linguístico, protagonizado por Heidegger, superou o esquema sujeito-objeto, não mais se pode pensar que um objeto possa ser asujeitado pela vontade intérprete, mas sim que a linguagem guiará o sujeito para a produção de sentido adequada em relação ao objeto.

O sentido do texto, como diz Gadamer, deve ser produzido pelo intérprete através da reconstrução histórica, linguística e institucional do texto. Streck traz essas ideias, junto com a teoria da integração de Dworkin, para o mundo jurídico. O juiz tem responsabilidade, provinda de sua função como operador do direito, de não deixar seus valores morais interferirem na interpretação que levará à resposta correta do caso. O juiz além de funcionário do estado ele é ‘’servo’’ da Constituição.

Para Streck, o grande número de decisões discricionárias tem por motivo, primeiro, o sendo comum teórico dos juízes que se ‘’acostumou’’ com arbitrariedades por acreditarem em algum tipo de argumento de autoridade e, segundo, pela falta de uma teoria da decisão judicial no direito Brasileiro. Por isso, o autor, determina alguns princípios que devem dar base para a criação de uma teoria da decisão judicial que esteja em conformidade com a Constituição.

O primeiro desses princípios é a ‘’preservação da autonomia do direito’’. Esse princípio, tem como principal fundamento, o fato de que o direito deve ser independente das outras áreas. Não se pode justificar uma decisão judicial com argumentos de política ou economia, o direito no novo paradigma constitucional é autônomo em relação a essas áreas e deve ser cada vez mais e não menos. Esse princípio envolve vários princípios do direito constitucional, como a correção funcional, a rigidez do texto constitucional, força normativa da Constituição, entre outros.

O segundo princípio é o ‘’controle hermenêutico da interpretação constitucional. Esse princípio busca trazer mais uma vez a importância de dizer que o sujeito não pode dar

o sentido que quiser ao objeto. O sentido da lei não é o que o juiz diz que é, mas sim o que a indicação do seu contexto através da reconstrução histórica, linguística e institucional, levar o sujeito a produzir por uma atividade criativa. O sujeito não pode ignorar a linguagem, pois ela que o levará até a produção do sentido do objeto.

O ''efetivo respeito à integridade e à coerência do direito'' é o terceiro princípio proposto por Streck. Ele determina que deve haver uniformidade na jurisprudência, ou seja, casos similares, que envolvem princípios e regras similares, devem ter respostas similares. Isso é criar um direito coerente e integro, pois se dois casos similares tem respostas totalmente diferentes, ou uma delas esta errada ou as duas estão.

O quarto princípio se refere ao ''dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação''. Esse princípio dispõe que não é qualquer fundamentação que torna a decisão fundamentada. Uma decisão deve ser devidamente fundamentada sobre todos os aspectos e provas que foram expostas pelas partes. Somente com uma fundamentação fundada nos preceitos processuais e constitucionais será possível dizer que uma sentença foi devidamente fundamentada.

O ''direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada'' é o quinto e ultimo princípio exposto por Streck. Ele propõe que a resposta adequada à Constituição não é apenas um dever do juiz, mas um direito do cidadão. Através dessa decisão correta que será possível o exercício efetivo de seus direitos e, dessa forma, o exercício efetivo de sua cidadania. Isso mostra a importância da decisão judicial na sociedade democrática e a sua necessária conformidade com a Constituição.

Outro aspecto que foi abordado por esse trabalho foram as transformações que ocorreram no código de processo civil de 2015(NCPC/15). Diferente de seus sucessores, o NCPC/15 eliminou o instituto do livre convencimento motivado, esse que é a materialização da arbitrariedade estatal pois permite ao juiz decidir de maneira discricionária, tornando a apreciação de provas no processo civil, finalmente, adequada à Constituição.

O NCPC/15 é um gigantesco avanço contra a arbitrariedade que ainda assombra o direito brasileiro. Não mais uma decisão pode ser ''fundamentada'' com preceitos morais ou argumentos econômicos ou políticos. A decisão judicial no processo civil será devidamente fundamentada com base nos preceitos jurídicos necessários. Dessa forma, o processo brasileiro deu mais um passo em direção a democracia.

Diante do exposto, pode-se concluir que o Brasil ainda tem muito que avançar no que se trata de uma teoria da decisão judicial que siga os preceitos da Constituição Federal de 1988. Talvez ela demore anos, para ser realizada, talvez nunca cheguemos a uma teoria que realmente se adeque à realidade brasileira. Mas, como diz Eduardo Galeano, ''A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar''. Essas metas grandiosas que levam décadas, e que necessitam do esforço de milhares de pessoas, as vezes não são para ser alcançadas, mas sim para colocar as coisas em movimento.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRUM, Guilherme Valle. **Réquiem para o livre convencimento motivado.** Disponível em: http://www.brunettocontadores.com.br/noticia/60869. Acesso em 18 fev. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **O estado adjetivado e a teoria da Constituição**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n.3, 2003.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. Disponível em: http://justificando.com/2015/04/13/aexpulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-oshermeneutas/. Acesso em: 18 de fev. de 2018

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC.** Disponível em http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc. Acesso em 18 fev. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015.

KAFKA, Frans. **O Processo**. São Paulo: Martin Clarinet, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MANOEL, Márcia dos Anjos. **O Princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,oprincipio-do-livre-convencimento-motivado-como-consectario-do-devido-processo-legal-no-estado-democraticode,50389.html. Acesso em 18 fev. 2018.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil:** anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?-.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas:** o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. 2015, p. 3. Disponível em https://www2.senado.leg. br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 de fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo CPC e o discurso da servidão voluntária dos juristas brasileiros.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/senso-incomum-cpc-discurso-servidao-voluntariajuristas. Acesso em 18 de fev. 2018..

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2016., p. 1066.

SOBRE O AUTOR

MARCELO IORIS KÖCHE JÚNIOR - Advogado Autônomo e Professor no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). .É graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. É pós-graduado lato sensu em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. É mestrando pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) em Direito Econômico e Desenvolvimento com Subárea em Direito Administrativo Contemporâneo- Estado e Mercado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, escreve principalmente sobre os seguintes temas: direito comparado, teoria constitucional e hermenêutica jurídica.

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: VISÕES GERAIS E UMA ANÁLISE CASUÍSTICA DO NCPC/15

Atena
Editora
Ano 2021

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: VISÕES GERAIS E UMA ANÁLISE CASUÍSTICA DO NCPC/15

Atena Editora
Ano 2021